

NUEVAS NORMAS EN MATERIA DE INTERMEDIACIÓN Y EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL*

FCO. JAVIER CALVO GALLEGO
Profesor Titular de Derecho del Trabajo
Universidad de Sevilla

MIGUEL RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO
Catedrático de Derecho del Trabajo
Universidad de Huelva. Senior Adviser, Landwell PwC

EXTRACTO

Palabras Clave: Intermediación, servicios públicos, empresas de trabajo temporal

La ley 35/2010 contiene, junto con la reforma laboral, otra del mercado de trabajo y una tercera de las empresas de trabajo temporal. Aunque la primera es la que ha recibido una mayor atención, las otras dos suponen cambios significativos respecto de la situación previa. Las novedades que se producen en el ámbito de la intermediación suponen una mejora técnica en la Ley de Empleo, pero dejan de lado a los servicios públicos de colocación, centrándose en la iniciativa privada en el mercado de trabajo. Respecto de ésta, se admite la actividad lucrativa de las agencias de colocación, apostando por este sujeto como principal mecanismo para dinamizar la intermediación. Estos sujetos podrán desarrollar una pluralidad de funciones, incluyendo la recolocación, que se regula como tal actividad por primera vez en nuestro Derecho, aunque de una manera deficiente. Respecto de las ETT, se limita a dar cumplimiento a la directiva 2008/104, revisando tanto el alcance del principio de igualdad de trato para los trabajadores en misión como las prohibiciones y restricciones a su actividad, pero excluyendo a estas empresas de los cambios que se operan respecto de la intermediación, en contra de las propuestas que se habían venido presentado de reconvertirlas en agencias de empleo.

ABSTRACT

Key Words: Placement, public services, temporary work agencies

act nº 35 of 2010 includes three different reforms: the first of labour law, the second of labour market law and the third of the regulation of temporary help agencies. Notwithstanding the fact that the first one has received most of the attention, the other two do mean significant changes. Changes in the field of placement improve the Employment Act currently in force in Spain; nevertheless, act 35 pays little attention to public employment services, as it is devoted mostly to private providers. It allows the operations of private enterprises providing placement services, considering them as the main instrument to improve the situation of the labour market. These agencies can provide a number of services, including outplacement, which is regulated for the first time in Spanish law. In the field of temporary work agencies, just implements directive 2004/104, improving the principle of equal treatment for temporary workers and reviewing restrictions and prohibitions. These agencies are nevertheless excluded from placement and other services, and therefore do not evolution to a model of "employment agencies", as it was proposed during the debates prior to the 2010 reforms.

* Este trabajo forma parte de los resultados científicos del Proyecto de Investigación: "La gestión socialmente responsable de la crisis" DER2009-08766 (subprograma JURI); así como del Proyecto de Excelencia "Régimen Jurídico de los mercados de trabajo transicionales".

ÍNDICE

1. EL RDL 10/2010: ¿REFORMA O REFORMAS?
2. LA REFORMA DE LA INTERMEDIACIÓN
 - 2.1. Nueva fase de un proceso de reforma largo
 - 2.2. Los grandes ausentes: los servicios públicos de empleo
 - 2.3. Mejoras en la Ley de Empleo
 - 2.4. Los operadores privados
3. LA REFORMA DE LA EMPRESA DE TRABAJO TEMPORAL
 - 3.1. Las razones de la reforma
 - 3.2. La mejora del estatus legal del trabajador en misión
 - 3.3. Prohibiciones y restricciones al uso de las ETT

1. EL RDL 10/2010: ¿REFORMA O REFORMAS?

La Ley 35/2010 articula la última reforma laboral hasta la fecha en España; pero no es ésta la única reforma que se incluye en texto. Antes bien, entendemos que en esta norma vamos a encontrar, junto a la primera, al menos otras dos series de cambios normativos. Cambios que se producen en otros sectores del ordenamiento laboral, y respondiendo a sus propias dinámicas y objetivos. Por reforma laboral entendemos la modificación de las reglas que ordenan la contratación del trabajo asalariado, y su utilización dentro de las organizaciones productivas. Reglas contenidas en el Estatuto de los Trabajadores y en sus disposiciones de desarrollo, a las que de manera conjunta venimos llamando “Derecho del Trabajo”; donde “laboral” y “del trabajo” serían equivalentes. Ya se han visto en los trabajos anteriores de este número monográfico de Temas Laborales los cambios producidos en este ámbito del Derecho Social, que han sido numerosos y profundos. Aquí veremos otra cosa.

El segundo conjunto de cambios normativos que encontramos en la Ley 35/2010 es la reforma del mercado de trabajo. Aunque nosotros acostumbramos a hablar de “reforma laboral” y de “reforma del mercado de trabajo” de manera indistinta, como si ambas expresiones fueran sinónimas, lo cierto es que ambas se refieren a realidades diferentes. Una cosa es cambiar el Derecho del Trabajo; y otra es alterar la regulación del mercado de trabajo, de los servicios y operadores que actúan en su seno, lo que llamamos Derecho del Empleo. La Ley —como antes el RDL 10/2010— contiene medidas que afectan a ambos ámbitos del Derecho Social, y por lo tanto es correcto afirmar que contiene estas dos reformas. Lo que ocurre es que las dos no tienen el mismo alcance, ni han recibido la misma atención.

Existe, finalmente, un tercer conjunto de medidas que nada tienen que ver, materialmente, con las dos series antes identificadas, ni en cuanto su ámbito material ni, sobre todo, en su justificación y objetivos. Se trata de aquellas reformas que afectan al régimen jurídico de las empresas de trabajo tempo-

ral (ETT), sobre el que se operan novedades importantes. Novedades que, sin embargo, en nada se relacionan con las producidas respecto del Derecho del Trabajo y del Empleo

Formalmente se observa una separación entre estos bloques temáticos en la misma norma que se comenta. En su Exposición de Motivos se identifican tres objetivos para la reforma, el tercero de los cuales es el de “*eleva las oportunidades de las personas desempleadas, con particular atención a los jóvenes, reordenando para ello la política de bonificaciones a la contratación indefinida para hacerla más eficiente, haciendo más atractivos para empresas y trabajadores los contratos formativos y mejorando los mecanismos de intermediación laboral*”. Ya en el articulado encontramos un capítulo IV que contiene “Medidas para la mejora de la intermediación laboral y sobre la actuación de las empresas de trabajo temporal”. En su conjunto éstas tienen un impacto significativo en la ordenación de nuestro mercado laboral.

Así analizada la Ley 35/2010, como un conjunto de reformas de distinto alcance y objetivo, se cambia también la percepción que de ésta podemos tener. En efecto, aunque de forma general se entiende como una manifestación de Derecho de la Emergencia, una simple reacción a la crisis del empleo, ésta idea se basa en una parte de las reformas introducidas, las relativas al despido y a la flexibilidad interna; y en algunas de las motivaciones aducidas para introducirlas. Pero es necesaria una visión integral de la medida, que incluya un análisis de los demás procesos de cambio, y de sus justificaciones. A nuestro entender, aparte del objetivo del empleo se ha aprovechado para culminar otras reformas ya en curso, y más o menos avanzadas según los casos. También se han adoptado medidas claramente destinadas a mejorar los derechos de los trabajadores, se ha limitado la contratación temporal e incrementado los derechos de los demandantes de empleo... Es una reforma flexibilizadora, pero también tuitiva. Fracasado el consenso, busca sin embargo cierto equilibrio entre los intereses y las propuestas planteadas. Respecto de éstas, asume una especie de papel arbitral, elaborando a partir de lo que las partes pretendían. Respecto de aquéllos, siguiendo un modelo que podríamos definir de flexiguridad, en el que el incremento de las posibilidades de gestión y adaptación de las empresas no se hace a costa de una reducción sistemática de los derechos de los trabajadores.

Como se ha dicho, las tres reformas tienen distinto alcance, siendo mayor el de la primera de ellas, la estrictamente laboral. Resulta cuanto menos paradójico que una medida, la propia Ley 35, motivada directamente por el desempleo preste tan poca atención a cuestiones directamente relacionadas con las políticas de empleo y los operadores de este mercado. De las tres, nos ocuparemos en este trabajo de dos de ellas, la relativa al mercado de trabajo en sentido estricto, y la de las empresas de trabajo temporal.

2. LA REFORMA DE LA INTERMEDIACIÓN

2.1. Nueva fase de un proceso de reforma largo

Desde un primer momento, el proceso de diálogo social y de elaboración de propuestas que en su momento culminaría con la aprobación de la Ley 35/2010 incluyó como uno de los temas a tratar el de los operadores del mercado de trabajo. Esto resultaba coherente con una crisis que en nuestro país era sobre todo de empleo; y también con una insatisfacción generalizada respecto del funcionamiento de los servicios públicos de empleo (en adelante SPE) y de la regulación legal de este mercado. Desde este punto de vista, los cambios producidos en este ámbito constituirían la respuesta del Derecho del Empleo español a las dificultades de la ocupación, de la misma manera que lo serían las transformaciones en las instituciones propiamente laborales operadas por esta norma de emergencia. Ahora bien, es posible a nuestro juicio hacer otra lectura de estos cambios concretos, ampliando la perspectiva y enmarcándola en el curso de una transformación de mayor alcance de este sector del Derecho social en la que tiene mayor sentido y coherencia. Esto es, que se estaría produciendo un proceso de reforma largo en la ordenación del mercado de trabajo, desvinculado del que llevó a la norma que ahora se comenta, y que los cambios contenidos en ésta son más bien consecuencia de aquél.

Este proceso de reforma largo supone una verdadera reconstrucción de las instituciones fundamentales de su mercado de trabajo. Su inicio puede situarse al inicio de la década de los noventa del siglo pasado, y como factor de cambio principal se puede la crítica al modelo socialdemócrata imperante en España durante gran parte del siglo XX. Tal modelo se identificaba por una serie de rasgos característicos, vigentes durante décadas en nuestro país: existencia de un SPE nacional, público y gratuito, operando en régimen de monopolio e imponiendo su uso a los actores del mercado; práctica exclusión de la iniciativa privada; prestación sobre todo de servicios de colocación; y acumulación de la gestión de políticas activas y pasivas de empleo en unos mismos sujetos. La crisis de este modelo, en el contexto de graves dificultades económicas y de empleo a principio de esta década, llevó al gobierno a alterar una larga tradición normativa, empezando con la aprobación de una norma histórica en nuestro Derecho del Trabajo reciente, el RDL 18/1993. Este RDL marca el inicio de un largo proceso de cambios, articulados como dos procesos de reforma superpuestos, cuya suma da lugar, tras unos años, al modelo actual¹.

¹ Sobre esta primera reforma del mercado de trabajo, entre otros, F. Valdés Dal-Ré, "Ingreso al trabajo y sistema de colocación en las leyes de reforma del mercado de trabajo", *Relaciones Laborales*, tomo 1995-I; J.M. Ramírez Martínez, "Política de empleo y servicios de colocación", en V.A. Martínez Abascal (coord.), *Política de empleo y protección social*, Universidad Rovira I Virgili, Tarragona, 1996, pg. 123 sigts de M.E. Casas Baamonde & M.C. Palomeque Lopez, "La ruptura del monopolio público de colocación: colocación y fomento del empleo", *Relaciones Laborales*, tomo 1994-I; y de A. Martín Valverde, "La supresión del monopolio público de colocación", en Asociación Española de Derecho del Trabajo, *Reforma de la legislación laboral*, Marcial Pons, Madrid, 1995, pg. 57 sigts,

La primera línea de cambios fue la que podemos considerar “flexibilizadora” o “liberalizadora”, y fue la que basó los cambios operados en el RDL 18/1993, en un momento en que se buscaba introducir nuevos elementos de flexibilidad en el Derecho del Trabajo español². Supuso, frente al modelo anterior, que desapareciera el monopolio del INEM, así como la obligatoriedad de su uso; y que se abriera un cierto espacio para la iniciativa privada, al legalizarse las ETT y las agencias privadas de colocación sin fines lucrativos³. Pero fue una liberalización bastante relativa, en el sentido de que la iniciativa privada lucrativa fue seriamente limitada; y que se mantuvieron importantes obligaciones para los demandantes de empleo. La segunda línea es descentralizadora, y comienza inmediatamente después. Esta línea afecta a la propia estructura y funcionamiento del SPE, mediante la transferencia de las políticas activas de empleo a las Comunidades Autónomas⁴. Este proceso, progresivo y aún no culminado del todo, comenzó con la creación de agencias de colocación sin fines lucrativos por algunas de éstas, y culminó en el año 2003 con la aprobación de la Ley de Empleo, que consagra al Sistema Nacional de Empleo como el resultado de la colaboración entre estos sistemas autonómicos y el Servicio Público de Empleo Estatal⁵; pero también quedó consolidado con la aprobación de los Estatutos de Autonomía de segunda generación, que reconocieron la competencia de las respectivas comunidades en materia de intermediación y políticas activas de empleo⁶. La descentralización territorial a las CC.AA. se ha visto acompañada de otra funcional o institucional, que ha supuesto que los SSPE se han apoyado en una red de entidades colaboradoras para la prestación de los servicios que ofrecen. No tanto agencias de colocación sin fines lucrativos o SIPES, los proveedores originalmente previstos cuando se modificó el sistema tradicional de SSPE, sino otras entidades, especializadas en alguna actividad o territorio, cuyo papel fue expresamente reconocido por el artículo 21 de la Ley de Empleo, que se refería a las “*entidades colaboradoras de los SPE*”. Descentralización territorial y funcional se han superpuesto, de esta manera, hasta llegar a un modelo muy disperso, con serios problemas de coordinación y de solapamiento, escasamente funcional a la larga.

² En extenso J. Cruz Villalón, “El nuevo régimen jurídico de la colocación de trabajadores”, *Temas Laborales*, N° 32, 1994, pgs. 3 sigts

³ Sobre estas agencias, de forma monográfica, F. Moreno de Vega y Lomo, “Las agencias de colocación sin fines lucrativos”, *Actualidad laboral*, N° 1, 1997, pags. 95-107; F.J. Sanchez Pego, “Las agencias de colocación en el ámbito de la reforma laboral”, *Documentación Laboral* n° 43; Mercader Uguina, “Las agencias de colocación y los servicios integrados para el empleo”, *Relaciones Laborales*, n°14, 1995

⁴ Un análisis completo de este proceso en C. Serrano Falcón, “*Servicios públicos de empleo e intermediación laboral en las Comunidades autónomas*”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004

⁵ F. Valdés Dal Ré, “Cooperación y coordinación entre los servicios públicos de empleo”, *Relaciones Laborales*, n° 4, 2009, pgs. 1 sigts.

⁶ Véase C. Molina Navarrete (dir.), “*La dimensión laboral de los nuevos Estatutos de Autonomía*”, Monografías de Temas Laborales, Sevilla, 2007

El resultado de la interacción de estas dos líneas de reforma se han producido fue un nuevo modelo de regulación del mercado de trabajo⁷, que se caracterizaría por la voluntariedad, la coexistencia de operadores y la descentralización; pero que no fue objeto de un diseño predeterminado y unitario, sino que se produjo como consecuencia de una sucesión de cambios normativos, cada uno de los cuales respondía a sus propios objetivos y circunstancias. Y que planteaba serias críticas en aspectos fundamentales de su regulación, por lo que las propuestas de nuevos cambios fueron constantes desde un primer momento. Daba la impresión, además, de ser un “modelo de transición”, una fase en el desarrollo evolutivo de estas instituciones que se prolonga desde el final del sistema clásico o socialdemócrata hacia otro verdaderamente alternativo a éste, aún no alcanzado. De esta manera, los cambios operados por la Ley 35/2010 en este campo no pueden entenderse exclusivamente en términos de reacción frente a la crisis económica y de empleo, sino como la continuación de estas alteraciones iniciadas largo atrás.

2.2. Los grandes ausentes: los servicios públicos de empleo

El tratamiento que la Ley 35/2010 hace de los SPE es, por decirlo de alguna manera, escaso. Y ello a pesar de que éste era uno de los ámbitos en los que el Gobierno se había comprometido a intervenir con mayor intensidad según los documentos presentados a los interlocutores sociales⁸. Lo que no

⁷ De manera integrada lo estudia G.M. Sobrino González, “La política de colocación”, Bomarzo, Albacete, 2006.

⁸ El primer documento gubernamental, fechado el 5 de febrero de 2010 y titulado “Líneas de actuación en el mercado de trabajo para su discusión con los interlocutores sociales en el marco del diálogo social” preveía como una de sus ocho líneas de actuación, por una serie de “*actuaciones para el refuerzo de los Servicios Públicos de Empleo y la mejora general de la intermediación laboral*”. El segundo documento, de 12 de abril y llamado “Diálogo social sobre actuaciones en el mercado de trabajo”, entendía que el diálogo social debía articularse alrededor de cinco ejes fundamentales, uno de los cuales era la intermediación laboral. En el Documento de abril se incorporaba un capítulo entero de “*actuaciones para el refuerzo de los Servicios Públicos de Empleo y la mejora general de la intermediación laboral*”. Respecto de los SPE, el Gobierno reitera su voluntad de mantener la consideración como servicio público de la actividad de intermediación laboral. También se afirma que “la mejora general de la intermediación laboral pasaría, en primer lugar y de manera inequívoca, por el refuerzo de los Servicios Públicos de Empleo”. Para ello se anuncia ya una primera serie de medidas concretas: mantener, al menos, en los dos próximos años la contratación existente de orientadores, derivados del Plan aprobado en abril de 2008 y dedicados a la orientación e inserción de desempleados, cuya actuación merece una positiva valoración”; fomentar el uso de orientadores para la atención personalizada y la realización de itinerarios individuales de inserción laboral de los jóvenes desempleados, a través de los convenios propuestos de Servicio Público de Empleo Estatal y los Servicios Públicos de Empleo de las Comunidades Autónomas; proceder a una revisión antes de final de año, en coordinación con las Comunidades Autónomas y los interlocutores sociales, de las políticas activas de empleo que se aplican en la actualidad.

deja de ser paradójico, ya que la propia Ley se justifica directamente por el desempleo; y que la crítica al funcionamiento de estos proveedores públicos fue general a lo largo de todo el proceso de reforma. También estuvieron entre las prioridades de los actores del diálogo social, especialmente de las organizaciones sindicales.

Son contadas las menciones que encontramos a los SPE en el articulado de la Ley, con un contenido ciertamente limitado. Poco es, cuando existe una general insatisfacción con su funcionamiento y se plantea de manera recurrente la necesidad de su mejora. La atención fundamental de las medidas de empleo se deriva hacia los sujetos privados, como veremos. Respecto de los públicos se dice lo que ahora se verá. La más destacada de las previsiones, prevista ya en el RDL 10/2010, es la prórroga del Plan Extraordinario de medidas de orientación, formación profesional e inserción laboral de 2009; para entendernos, los 1.500 orientadores sufragados por el Estado y puestos a disposición de los Servicios Públicos de Empleo autonómicos.

Se autoriza al Gobierno para que apruebe, mediante Acuerdo del Consejo de Ministros, una nueva prórroga, hasta el 31 de diciembre de 2012, del Plan Extraordinario de medidas de orientación, formación profesional e inserción laboral, aprobado por Acuerdo del Consejo de Ministros de 18 de abril de 2008, referida exclusivamente a la medida consistente en la contratación de 1.500 orientadores para el reforzamiento de la red de oficinas de empleo y que fue prorrogado por dos años, respecto a esta medida, mediante Acuerdo del Consejo de Ministros de 30 de abril de 2009, según la habilitación conferida por la disposición final primera del Real Decreto-ley 2/2009, de 6 de marzo, de medidas urgentes para el mantenimiento y el fomento del empleo y protección de las personas desempleadas. Esta medida será de aplicación en todo el territorio del Estado y su gestión se realizará por las Comunidades Autónomas con competencias estatutariamente asumidas en el ámbito del trabajo, el empleo y la formación y por el Servicio Público de Empleo Estatal.

Respecto de la gestión por las Comunidades Autónomas de esta medida, los créditos correspondientes se distribuirán territorialmente entre dichas administraciones, de conformidad con lo establecido en los artículos 14 de la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo, y 86 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria.

Por lo demás, el resto de referencias legales en la reforma a los SPE, se centran, en primer lugar, en el establecimiento de nuevas obligaciones destinadas a dotar de mayor eficacia a las novedosas reglas sobre límites en la

duración del contrato de obra o servicio o de reiteración de contratos en los art. 15.1^a y 15.5 ET –nueva redacción del art. 15.9 ET⁹--; en segundo lugar, a cuestiones conectadas básicamente con la gestión, dirección y coordinación de las políticas activas¹⁰; y, en tercer lugar, y sobre todo, a conectarlos y desarrollar su relación y coordinación con las entidades privadas que colaboran o actúan igualmente como agentes de la intermediación –art. 21 Ley de Empleo— o

⁹ De acuerdo con el cual, “en los supuestos previstos en los apartados 1 a) y 5, ...el trabajador podrá solicitar, por escrito, al Servicio Público de Empleo correspondiente un certificado de los contratos de duración determinada o temporales celebrados, a los efectos de poder acreditar su condición de trabajador fijo en la empresa. El Servicio Público de Empleo emitirá dicho documento y lo pondrá en conocimiento de la empresa en la que el trabajador preste sus servicios.»

¹⁰ Así, por ejemplo, Se adiciona un nuevo apartado 3 al artículo 23, con la siguiente redacción: «3. Los recursos económicos destinados a las políticas activas de empleo serán gestionadas por los servicios públicos de empleo de las Comunidades Autónomas para el cumplimiento de los objetivos fijados en el artículo 25, desarrollando para ello los programas y actuaciones que consideren necesarios. Las medidas y ayudas contempladas en los programas y actuaciones podrán ser gestionadas mediante la concesión de subvenciones públicas, contratación administrativa, suscripción de convenios, gestión directa o cualquier otra forma jurídica ajustada a derecho.». En segundo lugar, se da nueva redacción al apartado 1 del artículo 28, en la siguiente forma: «1. Las Administraciones y los organismos públicos que tengan atribuidas la competencia de la gestión del empleo y el Servicio Público de Empleo Estatal deberán cooperar y colaborar en el ejercicio de sus competencias garantizando la coordinación de las distintas actuaciones de intermediación e inserción laboral y las de solicitud, reconocimiento y percepción de las prestaciones por desempleo, a través de los acuerdos que se adopten en Conferencia Sectorial y de los convenios de colaboración que se alcancen, en aplicación de lo previsto en los artículos 5 y 6 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. En estos convenios de colaboración se podrán establecer las condiciones de utilización de las cantidades no ejecutadas en la financiación de gastos de las distintas prestaciones por desempleo, para financiar programas de fomento del empleo y de formación profesional para el empleo, siempre que la disminución de los gastos inicialmente previstos se deba al efectivo cumplimiento por las Administraciones Públicas competentes de las funciones establecidas en los apartados 3 y 4 del artículo anterior.» Ocho. Se adiciona una nueva disposición adicional sexta, con la siguiente redacción: «Disposición adicional sexta. Distribución competencial en las iniciativas de formación financiadas mediante bonificaciones en las cuotas de la Seguridad Social. Dentro del Sistema Nacional de Empleo, corresponde a la Administración General del Estado, a través del Servicio Público de Empleo Estatal o de los Servicios Públicos de Empleo de las Comunidades Autónomas con convenio en esta materia, la realización de las actividades de evaluación, seguimiento y control de las iniciativas de formación financiadas mediante bonificaciones en las cuotas de la Seguridad Social que se aplican a las empresas que tengan sus centros de trabajo en más de una Comunidad Autónoma, sin perjuicio de la evaluación, seguimiento y control que puedan realizar los servicios de empleo de las Comunidades Autónomas en los centros de trabajo en su ámbito territorial. Igualmente, las Comunidades Autónomas realizarán dichas actividades de evaluación, seguimiento y control cuando las empresas tengan todos los centros de trabajo en el ámbito de la misma Comunidad Autónoma, sin perjuicio de las competencias exclusivas del Estado en cuanto al régimen económico de la Seguridad Social. El Servicio Público de Empleo Estatal ingresará a los servicios competentes de las Comunidades Autónomas el valor de las bonificaciones no aplicadas a causa de las sanciones impuestas por infracciones en las bonificaciones en las cuotas de la Seguridad Social en concepto de formación de demanda, que se destinarán a las políticas activas de formación para el empleo.»

como operadores materiales en la misma –ETT— y cuya colaboración con los Servicios Públicos de Empleo, en especial en lo relativo a colectivos con dificultades específicas de inserción, se prevé incluso expresamente en el nuevo art. 22 Ley 56/2003¹¹.

Finalmente, encontramos una Disposición adicional decimoséptima, titulada precisamente “Servicios Públicos de Empleo”, en la que se contiene una declaración más programática que prescriptiva, que no deja de ser paradójica en el contexto del tratamiento tan pobre que se hace de estos servicios: “*el Gobierno seguirá reforzando los Servicios Públicos de Empleo estatal y autonómicos mediante la mejora de sus recursos humanos, tecnológicos organizativos y de la red de oficinas. Así mismo, incrementará el grado de coordinación y eficacia entre los Servicios Públicos de Empleo estatal y autonómicos para promover los cambios en el acceso y la mejora del empleo y para gestionar las prestaciones por desempleo*”.

Lo que, no obstante, sí plantea el carácter meramente programático de esta norma es si, en realidad, es el Poder Central al que debe exigírsele única o incluso prioritariamente la tantas veces postulada modernización y mayor penetración de los servicios públicos de empleo en nuestro mercado de trabajo. Y ello porque estas críticas sobre la escasa importancia prestada por la reforma a este tema, o su carácter meramente programático, seguramente olvidan cómo en el actual diseño establecido por el bloque constitucional, las competencias esenciales en este campo ya no radican en el Poder Central. En el nuevo diseño de distribución territorial del Estado las competencias incluso legislativas, sobre organización y gestión de los Servicios Públicos de Empleo que desarrollan realmente esta función de intermediación, corresponden a las Comunidades Autónomas, cuya responsabilidad a veces no es convenientemente destacada. Es en la actuación de estas, en su gestión y en la atribución de medios materiales y personales a sus respectivos servicios de empleo, en donde deberíamos encontrar las claves para una mayor penetración y una gestión más ágil y eficiente de los mismos. Y es seguramente a estos mismos Poderes Públicos, y no al central, al que habría de solicitarse prioritariamente un mayor protagonismo, mejores medios, y una gestión más dinámica y eficaz de este Servicio Público en cada una de nuestras Comunidades Autónomas.

Por ello, y al menos a nuestro juicio, el auténtico proceso de reforma de estos servicios no debiera buscarse en la normativa central, sino en la normativa y en la actuación específica de cada Comunidad Autónoma que, en muchos

¹¹ “En el supuesto de colectivos con especiales dificultades de inserción laboral, los servicios públicos de empleo podrán contar con entidades colaboradoras especializadas para realizar el proceso a que se refiere el párrafo anterior”.

casos, y como ya hemos dicho, se orienta mediante acuerdos de concertación¹²; unos acuerdos en los que se insiste constantemente en la mejora de medios materiales y de gestión, y en los que empiezan a atisbarse los primeros síntomas de cambio, sin negar, obviamente, que queda mucho por mejorar. Es cierto que la Administración General puede y seguramente debe jugar un papel de liderazgo en las mismas, e incluso algo más cuando se trate de potenciar la más que necesaria coordinación entre prestaciones por desempleo y políticas activas, como se deduce de la DA 6 Ley 35/2010¹³. Pero sin que ello sirva o deba servir para encubrir a los sujetos que realmente detenta el poder en este tema, y a los que, por tanto, debiera igualmente exigírsele responsabilidades prioritariamente en esta sede.

Como se ve, la mayoría de los cambios –la mayor parte de ellos introducidos durante la tramitación parlamentaria de la norma– operan en el plano competencial, regulando el reparto de roles entre los Servicios Públicos de Empleo estatal y autonómico en determinadas materias, sin alterar ni el modelo institucional ni el marco regulador de la actividad de intermediación de estos sujetos. A la vista de esta regulación, podemos afirmar que a todos los efectos los SPE han quedado excluidos del proceso de reforma, quedando pendiente la adopción de las medidas necesarias para su fomento y mejora. Éste sería uno de los muchos temas, desde este punto de vista, que se habrían “caído” de la reforma como consecuencia de los avatares de ésta y de las estrategias de los sujetos involucrados en ésta. Aún así, el Gobierno afirma en la Exposición de Motivos de la norma que se comenta que aunque “*se estima necesario iniciar una apertura a la colaboración público-privada en esta materia*”, es necesario preservar en cualquier caso “*la centralidad y el fortalecimiento de los servicios públicos de empleo de carácter estatal y autonómico, para que no se produzca la sustitución de la iniciativa pública por la iniciativa privada en el ámbito de la intermediación y la colocación. Los servicios públicos de empleo son siempre necesarios para acompañar y promover los cambios en el acceso y la mejora del empleo y para gestionar las prestaciones por desempleo. Se mantiene la voluntad de seguir mejorando y potenciando los servicios públicos de empleo. En este contexto, la regulación de las agencias privadas de colocación con ánimo de lucro permitirá complementar la actividad de los servicios públicos de empleo*”. Esta declaración de apoyo al papel de los SPE no se ha visto acompañada de una actuación coherente con éstos.

¹² Véase los acuerdos que como mero ejemplo fueron mencionados supra en la nota n. 58.

¹³ De acuerdo con la cual “en el momento en que el empleo inicie su recuperación, el Gobierno adoptará las medidas necesarias para reformar la normativa que regula las prestaciones por desempleo con el objetivo de aumentar la vinculación de éstas con las políticas activas de empleo”.

2.3. Mejoras en la Ley de Empleo

La Ley 35/2010 contiene diversas medidas para mejorar la intermediación laboral; más correcto sería decir que se dirigen a corregir la regulación de ésta en la Ley de Empleo, una norma claramente insatisfactoria en su versión original de 2003, hasta el punto de ser considerada en gran parte fallida. Se modifican algunos de sus preceptos, completándola y mejorándola, e introduciendo en ella algunas materias fundamentales ausentes hasta ahora. En lo que a este estudio interesa, dos son las grandes materias de las que se ocupa esta reforma: la actividad de intermediación, por un lado; y el demandante de empleo, por otro.

Comenzando con el análisis de los cambios que se producen respecto de la intermediación, se completa su regulación, incorporando nuevos datos normativos. Y se ubica esta regulación, en su sede natural, la Ley de Empleo. Para ello se introduce un nuevo artículo 21 bis sobre agencias de colocación, en el que se dispone con cierto detalle la ordenación de este sujeto, que es el verdadero protagonista de la reforma del mercado de trabajo de 2010. Se repara una de las mayores carencias del anterior texto de esta Ley, ya que la regulación de estas agencias se encontraba en el Estatuto de los Trabajadores, y no en su articulado. Cambia el orden de los apartados del artículo 22, introduciendo algún nuevo contenido. Y se realizan, finalmente, otros cambios en disposiciones vigentes, sustituyendo la referencia a las entidades colaboradoras y agencias de colocación sin fines lucrativos, por la más general de “agencias de colocación”

El segundo de los grandes contenidos del RDL se refiere al demandante de empleo. En este punto se puede decir que las nuevas disposiciones continúan con la construcción del estatuto jurídico de este sujeto, cuyos derechos y obligaciones van perfilándose a medida que se va desarrollando el Derecho del Empleo. El nuevo artículo 22.5 de la Ley de Empleo incluye una definición legal expresa del demandante de empleo: *“a efectos de la intermediación que realicen los servicios públicos de empleo y, en su caso, las entidades colaboradoras de los mismos y de la ejecución de los programas y medidas de políticas activas de empleo, tendrán exclusivamente la consideración de demandantes de empleo aquéllos que se inscriban como tales en dichos servicios públicos de empleo”*

En la legislación de empleo anteriormente vigente, ya se preveía el derecho a la igualdad de oportunidades y a la no discriminación en el acceso al empleo, expresados como principios que debían guiar la intermediación laboral pública o privada. Esto se ha mantenido, y así el artículo 22.1 señala que *“la intermediación laboral realizada por los servicios públicos de empleo y las agencias de colocación, así como las acciones de intermediación que puedan realizar otras entidades colaboradoras de aquéllos, se prestarán de acuerdo a los principios constitucionales de igualdad de oportunidades en el acceso al empleo y no discriminación, garantizándose la plena transparencia en el funcionamiento de los mismos”*. Estos derechos son desarrollados por el artículo

22bis, dedicado monográficamente a la discriminación en el acceso al empleo, y que fue introducido en la Ley 56/2003 por la Ley Orgánica 3/2007. La ley 35/2010 ha modificado también esta disposición, pero de forma puntual y sólo para sustituir la mención a las agencias de colocación sin fines lucrativos que en ésta se hacía por otra a las agencias de colocación sin más especificaciones.

Estos derechos relacionados con la igualdad y no discriminación se han visto completados por otros, en muchos casos ya existentes materialmente pero que ahora se reconocen de manera expresa. De esta manera, en su nueva redacción el artículo 22.1 de la Ley de Empleo señala que *“los servicios públicos de empleo, agencias y entidades señalados en el apartado anterior someterán su actuación en el tratamiento de datos de los trabajadores a la normativa aplicable en materia de protección de datos”*. Esta garantía de la dignidad y de la intimidad de los demandantes de empleo se completa con una nueva redacción del artículo 16.2 ET, que dispone que *“las agencias de colocación en sus actuaciones deberán respetar la intimidad y dignidad de los trabajadores, cumplir la normativa aplicable en materia de protección de datos y garantizar a los trabajadores la gratuidad por la prestación de servicios”*. Además, se modifica el apartado 2 del artículo 16 de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el orden social, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, para tipificar como infracciones muy graves *“solicitar datos de carácter personal en los procesos de selección o establecer condiciones, mediante la publicidad, difusión o por cualquier otro medio, que constituyan discriminaciones favorables o adversas para el acceso al empleo por motivos de sexo, origen, incluido el racial o étnico, edad, estado civil, discapacidad, religión o convicciones, opinión política, orientación sexual, afiliación sindical, condición social y lengua dentro del Estado”*.

Otro derecho que se reconoce a los demandantes de empleo es el de la gratuidad en los servicios de intermediación que reciban, tanto por parte de operadores públicos como privados, en línea con lo dispuesto por la normativa internacional del trabajo y el Derecho europeo. Así se reconoce expresamente en el apartado 4 del artículo 22 LE, y para asegurar su cumplimiento el artículo 16.1 de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social considera infracción muy grave de las agencias de colocación *“exigir a los trabajadores precio o contraprestación por los servicios prestados”*.

Finalmente, vamos a encontrar reconocimiento expreso de derechos de los demandantes de empleo también en la regulación que se hace de las agencias de colocación, que veremos inmediatamente. De éstas la Ley dice que deberán cumplir con las normas sobre accesibilidad universal de las personas con discapacidad; y que deberán prestar especial atención a los colectivos con dificultades para el empleo.

2.4. Los operadores privados

Las únicas novedades relevantes de la ley 35/2010 en el campo del empleo se producen en el ámbito los sujetos privados, sobre los que se concentra la atención del legislador. Más concretamente, la regulación se concentra en un tipo concreto de operador privado, la agencia de colocación, que se presenta como la verdadera protagonista del nuevo modelo. Para la Exposición de Motivos, será esta medida la que contribuya a la mejora del funcionamiento de los SPE, cuya actividad “complementará”.

La primera novedad que se produce respecto de estas agencias, sin duda la más relevante, es que se admite que funcionen con finalidad lucrativa. Al admitirse ésta, podrán existir empresas dedicadas de manera profesional y competitiva a la intermediación; las agencias de colocación, hasta ahora operadores sin finalidad lucrativa, se transforman en auténticos sujetos empresariales. Esta admisión supone cambiar la perspectiva tradicional del legislador laboral español respecto de la intermediación: de la ausencia de lucro se pasa ahora a la gratuidad; lo relevante no es ganar dinero colocando trabajadores, sino que a éstos no se les cobre por sus servicios. Así lo indica el apartado 4 del nuevo artículo 22 de la Ley de Empleo: *“la intermediación laboral realizada por los servicios públicos de empleo, por sí mismos o a través de las entidades o agencias de colocación cuando realicen actividades incluidas en el ámbito de la colaboración con aquéllos, conforme a lo establecido en este capítulo, se realizará de forma gratuita para los trabajadores y para los empleadores. La intermediación realizada por las agencias de colocación con independencia de los servicios públicos de empleo deberá garantizar a los trabajadores la gratuidad por la prestación de servicios, no pudiéndose exigir a éstos ninguna contraprestación por los mismos”*.

Hay que subrayar este cambio de perspectiva, pues supone un verdadero cambio de fase en el Derecho del Empleo español. Desde una perspectiva estrictamente nacional se continúa el tránsito iniciado en 1993 de un modelo socialdemócrata a otro pluralista y competitivo. Esto nos pone en línea con lo promovido por la Organización Internacional del Trabajo¹⁴, la Unión Europea y otros Estados europeos¹⁵. Decía el propio Gobierno en su documento de abril que consideraba obligado *“corregir la singularidad de nuestro ordenamiento en cuanto a las restricciones sobre la apertura a la colaboración público-privada de las tareas de intermediación laboral”*.

¹⁴ Sobre el impacto del convenio 181 OIT en el Derecho español, F. Cavas Martínez, “El convenio núm. 181 de la OIT sobre las agencias de empleo privadas (1997) y su incidencia en el sistema español de colocación”, *Aranzadi social*, N° 5, 2000, pp. 105-122; de manera más general R. Blanpain (ed.), “Private employment agencies : the impact of ILO Convention 181 (1997) and the Judgment of European Court of Justice of 11 December 1997”, Kluwer, Deventer, 1999.

¹⁵ V. Gómez Sánchez, “La intermediación laboral pública en España: una perspectiva comparada”, *Circunstancia*. N° 05/ 2004.

Para hacerlo posible, se introduce un nuevo artículo 21bis en la Ley de Empleo, dedicado a las Agencias de colocación, y se adaptan otros preceptos de normas legales, como la Ley de Empleo y la Ley General de la Seguridad Social. La definición de este operador la encontramos en el primer apartado de este nuevo precepto, en el que se dice que *“a efectos de lo previsto en esta Ley se entenderá por agencias de colocación aquellas entidades públicas o privadas, con o sin ánimo de lucro, que realicen actividades de intermediación laboral de acuerdo con lo establecido en el artículo 20, bien como colaboradores de los Servicios Públicos de Empleo, bien de forma autónoma pero coordinada con los mismos. Asimismo, podrán desarrollar actuaciones relacionadas con la búsqueda de empleo, tales como orientación e información profesional, y con la selección de personal”*.

Lo primero que hay que analizar son los requisitos que se imponen a los sujetos que quieran operar como AC. Pues bien, a lo largo del capítulo IV de la Ley 35/2010 se indican los siguientes:

- ☐ Podrán ser personas físicas o jurídicas
- ☐ Deberán obtener autorización del servicio público de empleo competente por razón del domicilio social de la agencia, que será única y con validez en todo el territorio español, de acuerdo con lo que se establezca reglamentariamente¹⁶.
- ☐ Deberán suministrar a los servicios públicos de empleo la información que se determine por vía reglamentaria, con la periodicidad y la forma que allí se establezca sobre los trabajadores atendidos y las actividades que desarrollan, así como sobre las ofertas de empleo y los perfiles profesionales que correspondan con esas ofertas
- ☐ Deberán elaborar y ejecutar planes específicos para la colocación de trabajadores desempleados integrantes de los colectivos mencionados en el artículo 26 de la Ley de Empleo, que concluyan con la colocación de aquéllos, en los términos que se determinen reglamentariamente en función de la situación del mercado de trabajo.
- ☐ Deberán disponer de sistemas electrónicos compatibles y complementarios con los de los servicios públicos de empleo.
- ☐ Deberán garantizar la aplicación y el cumplimiento de la normativa vigente en materia laboral y de Seguridad Social.
- ☐ Deberán cumplir con las normas sobre accesibilidad universal de las personas con discapacidad

¹⁶ En la Exposición de Motivos de la Ley 35 se explica el objeto de esta exigencia: “en este sentido, se regula legalmente la actividad de las agencias de colocación con ánimo de lucro en la línea de las más recientes normas y criterios de la Organización Internacional del Trabajo en esta materia. La centralidad de los servicios públicos de empleo respecto de estas agencias queda asegurada por la exigencia de una autorización administrativa para el desarrollo de su actividad, por la configuración de las mismas como entidades colaboradoras de dichos servicios públicos cuando suscriban convenios de colaboración con los mismos y, en todo caso, por su sometimiento al control e inspección por parte de éstos”.

- ☐ Deberán prestar sus servicios de forma gratuita

Por lo que se refiere a los servicios que podrán prestar, según el RDL éstos serán los siguientes:

- ☐ actividades de intermediación laboral, entendiendo por tal el conjunto de acciones que tienen por objeto poner en contacto las ofertas de trabajo con los trabajadores que buscan un empleo, para su colocación.
- ☐ actuaciones relacionadas con la búsqueda de empleo, tales como orientación e información profesional, y con la selección de personal
- ☐ recolocación, como veremos inmediatamente

En cambio, se afirma expresamente que no podrán poner a disposición trabajadores de empresas usuarias; esto es, no podrán prestar el servicio que actualmente ofrecen las ETT a éstas. El artículo 15.2 de la Ley 35 añade un apartado 3 al artículo 16 del Estatuto de los Trabajadores, con la siguiente redacción: *“la actividad consistente en la contratación de trabajadores para cederlos temporalmente a otras empresas se realizará exclusivamente por empresas de trabajo temporal de acuerdo con su legislación específica”*. Esta exclusión es bidireccional: las agencias de colocación no podrán hacer trabajo temporal porque se lo prohíbe el artículo 16 ET; pero las ETT no podrán ofrecer ninguno de los servicios que se permiten a las agencias porque siguen obligadas por el deber de actividad exclusiva que les impone la Ley 14/1994, que no ha sido modificada en este punto.

Esta regulación es claramente insuficiente. En este sentido, la Disposición final tercera de la Ley afirma en su apartado tercero que *“con anterioridad al 31 de diciembre de 2010, el Gobierno elaborará, previa consulta con las organizaciones sindicales y empresariales más representativas y con las Comunidades Autónomas, las disposiciones necesarias para desarrollar lo establecido en esta Ley en materia de agencias de colocación. Asimismo, el Gobierno, previa consulta con las organizaciones sindicales y empresariales más representativas y con las Comunidades Autónomas, fijará indicadores de eficacia de las agencias privadas de colocación. Dichos indicadores serán evaluados cada dos años a efectos de suscripción de posibles convenios de colaboración entre Agencias y los Servicios de Empleo de las Comunidades Autónomas”*.¹⁷ Ya en el articulado de la Ley se habían venido haciendo referencia a aspectos de la actividad de estas agencias que serían detallados reglamentariamente. Habrá que esperar a esta norma reglamentaria para conocer en detalle el régimen jurídico de estos operadores del mercado de trabajo.

¹⁷ Este último inciso relativo a la evaluación de las agencias de colocación se introdujo durante la veraniega tramitación parlamentaria de esta norma. La Disposición final séptima del RDL 10/2010 se limitaba a afirmar en su apartado tercero que *“en un plazo de seis meses desde la entrada en vigor de este real decreto-ley el Gobierno elaborará, previa consulta con las organizaciones sindicales y empresariales más representativas y con las Comunidades Autónomas, las disposiciones necesarias para desarrollar lo establecido en aquél en materia de agencias de colocación”*.

Una vez analizada esta regulación podemos señalar algunos datos relevantes respecto de estas nuevas agencias de colocación. Lo primero es la inadecuación de la denominación, ya que en los términos en los que quedan tras el RDL 10/2010 y la Ley 35/2010 no hacen colocación, sino intermediación; y pueden hacer también recolocación. Lo segundo, que al regularlas se produce una novedad respecto del Derecho del Empleo español, en el sentido de que se rompe la ecuación: un sujeto, una actividad, que era la que regía hasta ahora. La nueva agencia de colocación va a poder desarrollar diversas funciones, expresamente señaladas en la norma que las regula. Además, se presta mucha atención a la relación entre las agencias y los servicios públicos de empleo, algo muy de agradecer ya que lo importante en estos momentos es la colaboración entre operadores del mercado; mientras que hasta ahora el énfasis de la regulación se había puesto más en la ordenación de éstos. En la práctica, estas nuevas agencias de colocación están más cerca del modelo de “agencia de empleo” que algunos defendían, en cuanto acumulan muchas funciones y pueden prestar diversos servicios. La denominación que el legislador laboral ha querido darle a estos operadores, claramente continuista, no debe llevarnos a engaño, pues los cambios producidos en estos sujetos han sido importantes.

Un dato importante es que las agencias de colocación dejan de aparecer como colaboradores de los SPE. Más precisamente, pueden serlo pero no necesariamente. Según el artículo 21bis.1 de la Ley de Empleo, estas empresas podrán actuar *“bien como colaboradores de los Servicios Públicos de Empleo, bien de forma autónoma pero coordinada con los mismos”*. Y en el apartado 5 de este mismo precepto se lee que *“las agencias de colocación autorizadas podrán ser consideradas entidades colaboradoras de los servicios públicos de empleo mediante la suscripción de un convenio de colaboración con los mismos, con el alcance previsto en las normas de desarrollo de esta Ley y en los propios convenios que se suscriban.”* Esto contrasta con la regulación anteriormente vigente de las agencias de colocación sin fines lucrativos, a las que el art. 1 del RD 735/1995 definía de la siguiente manera: *“las agencias de colocación se configuran como entidades que colaboran con el Instituto Nacional de Empleo en la intermediación en el mercado de trabajo y tienen como finalidad ayudar a los trabajadores a encontrar un empleo y a los empleadores a la contratación de los trabajadores apropiados para satisfacer sus necesidades”*.

Esto supone un cambio importante, porque se altera la relevancia pública de su actuación, los efectos de ésta respecto de quiénes reciben sus servicios. En particular, sólo se considerará relevante su actuación de cara a las obligaciones de los beneficiarios de prestaciones por desempleo cuando actúen como colaboradoras de los servicios públicos de empleo. En caso

contrario, las ofertas de empleo que ofrezcan y las gestiones que realicen por cuenta de los desempleados no serán consideradas por las entidades públicas. En este sentido se modifica el apartado 1 del artículo 231 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, para indicar que las obligaciones de los demandantes de empleo se entienden respecto de los servicios públicos de empleo y respecto de *“las agencias de colocación cuando desarrollen actividades en el ámbito de colaboración con aquéllos”*. Sólo en relación con éstas, las agencias que colaboran con los servicios públicos de empleo, habrá que aceptar las acciones de promoción, formación o reconversión profesionales que se les ofrezcan; sólo de éstas habrá de aceptarse la colocación adecuada; sólo en éstas habrá que renovar la demanda de empleo y comparecer, etc... *Contrario sensu*, cuando no se tenga este estatus las obligaciones respecto de la agencia de colocación serán mucho menores.

Un último dato relevante es que las nuevas agencias de colocación vienen a sustituir por completo a las antiguas agencias de colocación sin fines lucrativos, sin que se prevea la subsistencia de éstas y su convivencia con aquéllas. Así lo indica la Disposición transitoria décima del RDL 10/2010, dedicada específicamente a las agencias de colocación sin ánimo de lucro autorizadas, respecto de las que afirma que *“las actuales agencias de colocación autorizadas de acuerdo con el Real Decreto 735/1995, de 5 de mayo, por el que se regulan las agencias de colocación sin fines lucrativos y los servicios integrados para el empleo, dispondrán de un plazo de seis meses desde la entrada en vigor de las disposiciones de desarrollo de este real decreto-ley, para adecuarse a la nueva regulación de las agencias de colocación y solicitar la correspondiente autorización, conforme al artículo 21.bis de la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo. Una vez superado el citado plazo, las empresas o entidades que no cuenten con la citada autorización no podrán continuar desarrollando estas actividades”*.

Es notable el contraste entre el detalle con que se tratan estas agencias en la Ley 35/2010, y la escasa atención recibida por los servicios públicos de empleo. De esta manera, la reforma de 2010 se centra en una parte si se quiere marginal o secundaria dentro del mercado de trabajo, las agencias privadas de colocación, en vez de en los verdaderos actores principales de éste, los servicios públicos y las ETT. Confía las mejoras en su funcionamiento a unos sujetos hoy inexistentes, con la esperanza de que la perspectiva del beneficio atraiga a una iniciativa privada hasta ahora poco entusiasta respecto de la actividad de intermediación; lo que era previsible, dado que se excluyó por mandato legal el lucro de su actividad. Habrá que esperar a que las empresas se involucren en la colocación, y desarrollen un conjunto de empresas capaz de marcar una diferencia.

Otro ámbito de la iniciativa privada en el mercado de trabajo en el que se producen cambios relevantes es el de la actividad de recolocación¹⁸. Este aspecto de la reforma será objeto de atención específica en un capítulo propio de este número monográfico, lo que nos exonera de plantear aquí su estudio. Pero no queríamos dejar pasar la oportunidad de realizar algún comentario que nos parece relevante respecto de la manera en que se ha introducido la regulación de esta actividad en nuestro ordenamiento jurídico. El nuevo artículo 20 de la Ley de Empleo va a contener la principal, aunque no única¹⁹, referencia de la Ley 35/2010 a esta actividad, indicando en su apartado 2 que *“también se considerará intermediación laboral la actividad destinada a la recolocación de los trabajadores que resultaran excedentes en procesos de reestructuración empresarial, cuando aquélla hubiera sido establecida o acordada con los trabajadores o sus representantes en los correspondientes planes sociales o programas de recolocación”*. Se produce una equiparación completa entre recolocación e intermediación, que se corrobora con la inclusión de la definición de aquélla en un precepto dedicado a delimitar el concepto de ésta.

Esta opción supuso en su momento una novedad del RDL 10/2010, mantenida posteriormente por la Ley 35/2010, ya que en los textos anteriores a la reforma no se preveía esta equiparación. Aunque sí es cierto que a lo largo del proceso que culminó en la aprobación de esta norma se fue produciendo un acercamiento progresivo entre ambas figuras. Así, en el AMCE se hablaba de “Agencias de Colocación” y “Empresas de Recolocación” como distintos agentes que intervienen en el mercado de trabajo. En la Ley 27/2009, de 30 de diciembre, aparece una Disposición adicional cuarta sobre “Empresas dedica-

¹⁸ Respecto ésta, y una vez disponemos ya de un cierto tratamiento legal de esta figura, hay que advertir antes que nada que no podemos confundir el concepto de recolocación con la actividad de un tipo determinado de empresas, las llamadas agencias de outplacement. En España hemos adoptado la misma denominación para lo uno y para lo otro, para un aspecto estructural de nuestro mercado de trabajo, la gestión de las transiciones profesionales; y para una forma de desarrollar éstas, con la colaboración de un tipo particular de sujeto, la agencia de recolocación. No son la misma realidad. Una cosa es la función, que es responsabilidad de las empresas y de los servicios públicos de empleo; y otra cosa es el asesoramiento y auxilio especializado en ésta, que es lo que hacen las agencias. Este servicio empresarial, prestado por unas organizaciones especializadas, es al que podemos llamar “recolocación en sentido estricto”.

¹⁹ Otra referencia la vamos a encontrar en la nueva redacción del artículo 51.4 ET, en el que se afirma lo siguiente: *“la consulta con los representantes legales de los trabajadores, quienes ostentarán la condición de parte interesada en la tramitación del expediente de regulación de empleo, tendrá una duración no superior a treinta días naturales, o de quince en el caso de empresas de menos de cincuenta trabajadores, y deberá versar sobre las causas motivadoras del expediente y la posibilidad de evitar o reducir sus efectos, así como sobre las medidas necesarias para atenuar sus consecuencias para los trabajadores afectados, tales como medidas de recolocación que podrán ser realizadas a través de empresas de recolocación autorizadas o acciones de formación o reciclaje profesional para la mejora de la empleabilidad, y para posibilitar la continuidad y viabilidad del proyecto empresarial.”*

das a la intermediación laboral”, distinguiendo entre otras “*la actividad de las empresas que intervienen en la recolocación de trabajadores afectados por expedientes de regulación de empleo*”. Mientras que en el primer documento del Gobierno, de febrero de 2010 se sigue hablando de dos actividades y de dos sujetos distintos, sometidos a reglas diferentes. Pero en el segundo documento, el presentado en el mes de abril, aunque se mantiene la idea de que son dos actividades y sujetos distintos, con reglas diferentes, ya se dice que las dos estarán sometidas a unos mismos principios en su regulación. El paso siguiente lo dio el RDL 10/2010, para el que nos encontramos ante distintas actividades, pero calificadas legalmente de la misma manera, como intermediación; y que serán prestadas por unos mismos sujetos, sometidos a una regulación común. A salvo de que el desarrollo reglamentario de la Ley 35/2010 prevea la posibilidad de especialización de las agencias dedicadas a la intermediación, no vamos a tener “empresas de recolocación” como tales en nuestro mercado de trabajo, sino agencias de colocación que ofrezcan este servicio. Se ha elegido centrarse en la actividad, y no en el sujeto que la presta²⁰.

La técnica elegida por el legislador laboral debe ser criticada de forma rotunda, y desde varios puntos de vista. En primer lugar, sólo se regula la recolocación a vinculada a los ajustes colectivos de plantilla, ya que se señala expresamente que se piensa en trabajadores afectados por ERES. Esto es algo que se afirmaba ya en la Ley 27/2009, y que se ha mantenido sin cambios en los dos documentos presentados en 2010, hasta llegar al RDL 10 y a la Ley 35 de 2010. No tiene sentido esta limitación. Junto a la recolocación prevista en los planes sociales de los ERES (muy minoritarios, por otra parte) existe la que se produce a nivel individual, en el marco de pactos entre la empresa y empleados particulares de ésta. Desde un punto de vista material los servicios prestados al desempleado son idénticos, sin que desde un punto de vista jurídico merezcan una regulación diferenciada. Ahora la recolocación colectiva sería regulada, mientras que el resto seguiría en la situación actual de desregulación.

En segundo lugar, se equipara la recolocación con la intermediación, siendo dos figuras diferentes, con espacios propios de actuación y prestadas por sujetos distintos. No se corresponde esta equiparación con la realidad de nuestro mercado de servicios relacionados con el empleo, en el que son diferentes los sujetos que prestan una y otra actividad.

En tercer lugar, la recolocación queda sin un régimen propio ni una identidad como actividad. A las empresas que la prestan se les engloba dentro del concepto genérico de agencia de colocación, con la misma regulación y obligaciones, cuando operan de forma diferente y en nichos del mercado separados.

²⁰ Si bien no podemos dejar de señalar como en algún otro apartado de la Ley 35, en concreto en el nuevo art. 51.4 ET, se habla de “empresas de recolocación autorizadas”.

3. LA REFORMA DE LA EMPRESA DE TRABAJO TEMPORAL

3.1. Las razones de la reforma

La Ley 35/2010 contiene una significativa reforma de la legislación de las ETT, uno de los proveedores privados de servicios ya presentes en nuestra realidad laboral. Ahora bien, este cambio normativo nada tiene que ver con la reforma del mercado de trabajo estudiada hasta ahora, ni con el resto de medidas incluidas en esta norma en general, ya que ni se dirige al logro de los objetivos fijados por éste, ni se justifica por las mismas razones. Respecto de estas empresas, el legislador laboral se ha limitado a dar cumplimiento a lo dispuesto por la directiva comunitaria de 2008, sin más objetivo que el de adecuar el Derecho español a esta norma europea. Así lo reconoce expresamente la Exposición de Motivos de esta norma, según la cual ésta “introduce varias modificaciones en la legislación relativa a las empresas de trabajo temporal que se dirigen a la incorporación a nuestro Derecho de la Directiva 2008/104/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de noviembre de 2008, relativa al trabajo a través de empresas de trabajo temporal”. La Disposición final segunda, por su parte, señala que “mediante esta Ley se incorpora al derecho español la Directiva 2008/104/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de noviembre de 2008, relativa al trabajo a través de empresas de trabajo temporal”. La voluntad de proceder a esta implementación se había anunciado ya en los dos documentos presentados por el Gobierno a los interlocutores sociales. En consecuencia, la Ley 35 procede a alterar varios artículos de la 14/1994, potenciando la igualdad de trato de los trabajadores en misión con claras mejoras respecto de la regulación anterior. También afronta decididamente la cuestión de las prohibiciones y restricciones a su actividad, uno de los objetivos fundamentales de la norma europea que el Derecho español estaba lejos de cumplir; y lo hace adoptando una solución bastante compleja. Estudiaremos estas novedades en la segunda parte de este trabajo, que ahora comienza.

3.2. La mejora del estatus legal del trabajador en misión

En principio, es evidente que las normas centrales en este punto de la Directiva 2008/104 son el art. 5 por lo que se refiere al principio de igualdad de trato, y el art. 6 en lo relativo al acceso al empleo, a las instalaciones comunes y a la formación profesional. Y ello, claro está, teniendo en cuenta, siempre, la naturaleza de “requisitos mínimos” que para su contenido establece en general el art. 9 de la Directiva.

Pues bien, para trasponer dichos mandatos la Ley 35/2010 incorpora en primer lugar una nueva redacción del art. 11 Ley 14/1994 que, ampliando su contenido, tradicionalmente centrado en los aspectos retributivos, se extiende

ahora al resto de “*condiciones esenciales*” equiparándolas, durante los periodos de prestación de dichos servicios, a las que les corresponderían de haber sido contratados directamente por la empresa usuaria para ocupar el mismo puesto. En concreto, la nueva norma aclara que “*se considerarán condiciones esenciales de trabajo y empleo las referidas a la remuneración, la duración de la jornada, las horas extraordinarias, los periodos de descanso, el trabajo nocturno, las vacaciones y los días festivos*”, reproduciendo así literalmente lo establecido en el art. 3.1.f de la Directiva 2008/104.

Lo primero que debe señalarse en relación con esta modificación es que se trata de una clara mejora del estatus legal, con todo lo que ello supone de mínimo indisponible para el futuro de la negociación colectiva en el sector. Pero de una reforma que, en la práctica ya había sido incorporada básicamente por la negociación colectiva sectorial estatal, prácticamente desde la firma del III Convenio Colectivo de ETT. De hecho, los art. 33.2 –jornada–, 34.3 –horas extraordinarias–, 36.2 –descanso semanal y festividades–, 35.2 –trabajo nocturno–, y art. 41.2 –vacaciones– del actual V Convenio Colectivo de ETT²¹ ya contemplaban esta remisión que, llamativamente, no se extiende a otros aspectos como las licencias y permisos en donde no existe esta equiparación. En cualquier caso, el expreso tenor literal del segundo párrafo parece cerrar cualquier vía interpretativa que pretendiese ampliar o extender más allá de estos aspectos el pretendido ámbito legal de estas “condiciones esenciales”.

En segundo lugar, y a diferencia de lo que acontecía con la anterior redacción del precepto, no se establece expresamente su carácter de mínimo. Pero al menos a nuestro juicio tampoco parece que haya ningún problema en considerarlo como una norma mínima de derecho necesario relativo, que podría ser mejorada mediante la negociación colectiva de la propia ETT. Es cierto que en la actualidad, el convenio colectivo estatal de sector se limita a una mera remisión a la regulación aplicable a la empresa usuaria. Pero nada impediría, al menos a nuestro juicio, que esta negociación pudiera establecer unas condiciones superiores a las de la empresa usuaria de referencia, más aún dada la posibilidad abierta en el art 9.1 Directiva 2008/104.

Y finalmente, y en tercer lugar, obsérvese que en este caso no se identifica una concreta fuente normativa para la fijación de estas condiciones míni-

²¹ BOE de 8 de febrero de 2008, n. 34. Recuérdese, además, que la Resolución TRE/4147/2008, de 12 de diciembre -- DOGC de 18 de febrero de 2009, núm. 5321-- dispone la inscripción y la publicación del Acuerdo de la Comisión negociadora del V Convenio colectivo de trabajo del sector de empresas de trabajo temporal de Cataluña en virtud del cual las partes manifestaron “su voluntad la de dejar sin efecto las previsiones reguladas en el Convenio colectivo de Empresas de Trabajo Temporal de Cataluña”, y por tanto “dan por finalizada la negociación del mismo. Que en consecuencia y tras los trámites oportunos, sea aplicable a las Empresas de Trabajo Temporal de Cataluña, el V Convenio colectivo estatal de Empresas de Trabajo Temporal en atención a su ámbito funcional y territorial de aplicación”.

mas equiparables. Por ello consideramos que en principio serían de aplicación cualquiera de las que pudiera habersele aplicado al trabajador en misión si hubiera sido contratado directamente; esto es, convenio colectivo estatutario o extraestatutario, acuerdo o pacto colectivo de empresa, e incluso, aunque aquí con más dudas, decisiones unilaterales del empleador de efectos colectivos, en las mismas condiciones que serían aplicables en los supuestos de contratación directa y, desde luego, cuando ello se deduzca del convenio colectivo aplicable. No otra conclusión cabe extraer, al menos a nuestro juicio, tanto de la jurisprudencia precedente –que interpretó muy ampliamente la mención expresa al “convenio colectivo” del antiguo art. 11 Ley 14/1994 en relación con la fuente de la retribución--²², como de la amplia definición dada por el art. 3.1.f de la Directiva 2008/104, de acuerdo con la cual, se entenderá por condiciones de trabajo y empleo “*las establecidas por las disposiciones legislativas, reglamentarias y administrativas, convenios colectivos y demás disposiciones vinculantes de alcance general en vigor en las empresas usuarias relativas*”.

Por otra parte, un segundo aspecto a destacar es que la nueva norma legal desarrolla aún más ampliamente la concreta equiparación salarial señalan-

²² En este sentido baste traer a colación la conocida Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sección 1ª) de 22 enero 2009 (RJ 2009\620) de acuerdo con la cual “La cuestión planteada ya ha sido unificada por esta Sala, no solo en la sentencia invocada de 25-9-02 sino también en la mas reciente de 7-2-2007 (RJ 2007, 1815), con doctrina que es plenamente aplicable al caso... 1) La exposición de motivos de la Ley 29/1999 , que ha dado nueva redacción al art. 11 de la Ley 14/1994 ha expresado con claridad que la finalidad de esta reforma legal es lograr que el recurso a la mano de obra de las ETT sea efectivamente “un medio para atender a necesidades temporales de la empresa usuaria” y no, como venía sucediendo en la práctica laboral anterior a dicha Ley, “un medio de reducir costes salariales”. 2) En consecuencia, la mención del art. 11 de la Ley 14/1994 al “convenio colectivo aplicable a la empresa usuaria”, no puede interpretarse en sentido estricto de convenio estatutario, sino en el amplio, que comprenda los distintos instrumentos de negociación colectiva, cualquiera que sea su naturaleza y eficacia, siempre que tengan en la práctica una aplicación general en la empresa usuaria. 3) De no ser así, el efecto útil de la norma se vería perjudicado en todos aquellos supuestos en que o bien no existe un convenio colectivo aplicable que se haya tramitado por el cauce del Título III del ET, o bien las retribuciones de los convenios colectivos estatutarios o de eficacia general se han elevado a través de acuerdos o pactos de empresa... Nuestra sentencia extendió tal obligación incluso a “las condiciones retributivas que deriven de decisiones del empresario siempre que tales decisiones tengan eficacia personal general en el ámbito de la empresa usuaria, como sucede con las que la doctrina científica denomina condiciones más beneficiosas de carácter colectivo”, pero porque ello se deducía del Convenio Colectivo aplicable en aquel caso”.

do que “la remuneración comprenderá todas las retribuciones económicas²³, fijas o variables, establecidas para el puesto de trabajo a desarrollar en el convenio colectivo aplicable a la empresa usuaria que estén vinculadas a dicho puesto de trabajo. Deberá incluir, en todo caso, la parte proporcional correspondiente al descanso semanal, las pagas extraordinarias, los festivos y las vacaciones”. Una redacción esta que, nuevamente, vuelve a legalizar –situándolo eso sí, fuera del futuro albur negociador-- una realidad ya presente en nuestra negociación colectiva, como demuestra, nuevamente, la redacción extraordinariamente similar a este nuevo precepto del art. 32 del ya comentado V Convenio Colectivo Estatal de ETT.

La reforma, por tanto, no ha utilizado —ya que, como recuerda el art. 9.2 Directiva 2008/104 la misma no puede considerarse como un motivo suficiente para justificar una reducción del nivel de protección de los trabajadores en los ámbitos cubiertos por la Directiva”— la posibilidad establecida en el art. 5.2 Directiva 2008/104 y de acuerdo con la cual los Estados miembros podrían, tras consultar a los interlocutores sociales, “establecer excepciones” a este equiparación “cuando los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal, vinculados a la empresa de trabajo temporal por un contrato indefinido, continúen siendo remunerados en el período de tiempo comprendido entre la ejecución de dos misiones”. La norma española, al igual que sucedía con la versión anterior del art. 11 ET impone esta igualdad con independencia de la naturaleza temporal o indefinida de la relación del trabajador en misión, atribuyendo todo lo más a la negociación colectiva la posibilidad de mejorarlas y no empeorarlas.

²³ Sobre la aplicación de esta regla en el caso de partidas extrasalariales, parece que seguirá siendo aplicable —dado el uso del mismo término, retribución— la compleja doctrina sostenida por la STS (Sala de lo Social, Sección 1ª) de 7 febrero 2007 (RJ 2007/1815) de acuerdo con la cual “dentro de la noción genérica de los conceptos no salariales hay una amplia gama de percepciones cuya función es distinta. Así, en una enumeración no exhaustiva habría que distinguir 1º) las indemnizaciones o suplidos de los gastos realizados por el trabajador como consecuencia de la actividad laboral, 2º) las mejoras voluntarias de la Seguridad Social y la llamada acción social empresarial y 3º) las indemnizaciones por suspensiones y extinciones de la relación laboral. Pues bien, lo que se ha querido lograr mediante la reforma realizada por la Ley 29/1999 en el artículo 11 de la LETT es que el resultado económico obtenido por el trabajador de la empresa de trabajo temporal mientras presta servicios en la empresa usuaria no sea inferior al que obtiene el de la empresa usuaria por el mismo trabajo. Ello determina que la equiparación no puede detenerse en el salario, sino que tenga que comprender, para ser efectiva, la compensación de los gastos realizados precisamente en función de la prestación de trabajo, es decir, los comprendidos en el grupo 1º de la anterior enumeración, aunque no se extienda a los otros dos grupos, en la medida en que ya no se trata de percepciones vinculadas directamente con el trabajo. Por todo ello, hay que concluir que la ayuda alimentaria está comprendida en la garantía de la equiparación”. Recuérdese, además que, de acuerdo con el art. 3.2 Directiva 2008/104 “La presente Directiva no supone menoscabo del Derecho nacional en lo que se refiere a la definición de la remuneración, del contrato de trabajo, de la relación laboral o del trabajador”.

En tercer lugar, este desarrollo del principio de igualdad se extiende expresamente --trasponiendo nuevamente de forma casi literal el contenido del art. 5.1 Directiva 2008/104-- a las disposiciones aplicables a los trabajadores de la empresa usuaria en materia de protección de las mujeres embarazadas y en período de lactancia, y de los menores --término que englobaría obviamente tanto a los niños como a los jóvenes, a los que se refiere expresamente la directiva²⁴--, así como a la igualdad de trato entre hombres y mujeres y a la aplicación de las mismas disposiciones adoptadas con vistas a combatir las discriminaciones basada en el sexo, la raza o el origen étnico, la religión o las creencias, la discapacidad, la edad o la orientación sexual²⁵. Y ello, cabría añadir --en virtud de una interpretación conforme con el art. 5.1 Directiva 2008/104-- con independencia de su origen legal, reglamentario, administrativo, de origen colectivo o, en general, de la procedencia de las demás disposiciones de alcance general aplicables a esta empresa y puesto.

En cuarto lugar, dentro de este proceso de equiparación, y como trasposición de lo establecido en el art. 6.4 Directiva 2008/104, el RDL 10/2010 primero, y la Ley 35/2010 después, dan una nueva redacción al apartado 2 del artículo 17 ETT de acuerdo con la cual estos mismos trabajadores tendrán derecho, mientras dure la misión obviamente, a “*la utilización de los servicios de transporte, de comedor, de guardería y otros servicios comunes e instalaciones colectivas de la empresa usuaria*” y “*en las mismas condiciones que los trabajadores contratados directamente por la empresa usuaria*”; una medida ésta que nuevamente venía precedida de una norma similar a nivel convencional, en concreto, el art. 14.2 del V Convenio Colectivo Estatal de ETT, si bien este se limita a destacar como “*durante el plazo de vigencia del contrato de puesta a disposición el personal puesto a disposición tendrá derecho a la utilización de transporte e instalaciones colectivas de la empresa usuaria --comedores, cafetería, servicios médicos, etc.--*”. Bastará pues con integrar la nueva norma legal en la genérica remisión convencional para salvar las posibles omisio-

²⁴ Debe recordarse que, seguramente y a estos efectos, podrían asumirse las definiciones establecidas en el art. 3 de la Directiva 94/33 CE del Consejo, de 22 de junio de 1994, relativa a la protección de los jóvenes en el trabajo -- Diario Oficial n° L 216 de 20/08/1994--, en virtud de la cual debería entenderse por a) «joven»: toda persona menor de 18 años contemplada en el apartado 1 del artículo 2 de la mencionada directiva y b) «niño»: todo joven menor de 15 años o que aún esté sujeto a la escolaridad obligatoria a tiempo completo impuesta por la legislación nacional.

²⁵ Véanse a nivel comunitario las Directivas 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico -Diario Oficial n° L 180 de 19/07/2000- y 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000 relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación. En la doctrina, por todos, M.F. Fernández López, “Las causas de la discriminación o la movilidad de un concepto”, *Temas Laborales*, 98/2009, p. 11 y siguientes. Específicamente sobre la discriminación por razón de género, y de la misma autora, *La Tutela Laboral Frente a la Discriminación por Razón de Género*, La Ley-Actualidad, 2008.

nes, destacándose igualmente la falta de toda mención en el nuevo texto legal de la posibilidad abierta en la norma comunitaria y en virtud de la cual sería admisible un trato diferente cuando “concurran razones objetivas que (lo) justifiquen”.

Por otra parte, y junto al desarrollo de este principio de igualdad o equiparación entre el trabajador en misión y el empleado en la empresa usuaria, la reforma, trasponiendo igualmente lo establecido en el art. 6.1 Directiva 2008/104, establece, en su nuevo art. 17.3 LETT, que “*la empresa usuaria*” —concretándose así de forma razonable la cierta indeterminación de la norma comunitaria en relación con el sujeto obligado— “*deberá informar a los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal, sobre la existencia de puestos de trabajo vacantes, a fin de garantizarles las mismas oportunidades de acceder a puestos permanentes que a los trabajadores contratados directamente por aquélla. Esta información podrá facilitarse mediante un anuncio público en un lugar adecuado de la empresa o centro de trabajo, o mediante otros medios previstos en la negociación colectiva, que aseguren la transmisión de la información.*»

El tenor de la norma, casi idéntico a la comunitaria, y que entronca claramente con normas similares relativas a la regulación de los contratos temporales²⁶ o, *mutatis mutandi*, a tiempo parcial²⁷, plantea las mismas dudas que en su momento planteó aquella y relativas, por mencionar algunas, al momento adecuado de dicha comunicación —que deberá ser en todo caso hábil para la consecución del objetivo perseguido— o al ámbito, nivel y tipo del puesto que debe ser comunicado —parece que la indeterminación de la norma, a diferencia del precepto comunitario que sí mencionaba el empleo indefinido, obliga a que lo sea cualquier vacante con independencia de su encuadramiento profesional, de su naturaleza temporal o indefinida o del centro en el que se produzca con tal de que lo sea en la propia empresa—. Además, obsérvese que esta comunicación no es personalizada, ni individual ni colectivamente, por lo que con la misma información genéricamente puesta a disposición de los empleados directos y en misión podrían quedar cubiertas las obligaciones impuestas en ambas directivas y en los art. 15.7 ET y 17.3 LETT.

Y, finalmente, lo que desde luego queda claro es que no establece ninguna prelación o preferencia para el trabajador en misión, de la misma manera que esta forma de contratación tampoco debiera suponer —al menos a nuestro

²⁶ Cláusula 6 de la Directiva 1999/70/CE del Consejo de 28 de junio de 1999 relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada —Diario Oficial n° L 175 de 10/07/1999—. Obsérvese que en este caso la obligación no es de la ETT empleadora formal, sino de la empresa usuaria.

²⁷ Art. 5.3 de la Directiva 97/81/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa al Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial concluido por la UNICE, el CEEP y la CES.

juicio, por mor del principio de no discriminación-- una merma de sus posibilidades. De ahí, por ejemplo, que, al menos a nuestro juicio, pudieran considerarse equiparables la situación del trabajador en misión con la propia de los trabajadores temporales contratados directa por la empresa usuaria, cuando, por ejemplo, se estableciera la prioridad para el acceso a tales vacantes de los trabajadores temporales previamente contratados por la empresa usuaria.

Mucho más indeterminado es, finalmente, el contenido del nuevo apartado 4 del art. 17 LETT, incorporado tardíamente a la norma legal durante su tramitación en el Senado. Como es bien sabido, la Directiva 2008/104 establecía en su art. 6.5 que los Estados adoptarían las medidas adecuadas o promoverían el diálogo entre los interlocutores sociales, de conformidad con sus tradiciones y prácticas nacionales, con vistas a: a) mejorar el acceso de los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal a la formación y a los servicios de guardería infantil en las empresas de trabajo temporal, incluso durante los períodos comprendidos entre las misiones, a fin de promover el desarrollo de su carrera profesional y su aptitud para el empleo; b) mejorar el acceso de los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal a la formación disponible para los trabajadores de las empresas usuarias. Y si bien es cierto que, ya desde un principio el art. 12.2 de la Ley 14/1994 establecía que las ETT debían destinar anualmente un 1 por 100 de la masa salarial a la formación de los trabajadores en misión, parecía evidente la necesidad de una más exacta trasposición a la normativa española de este precepto comunitario.

Seguramente por ello, como decimos, el Senado incorporó definitivamente este apartado en virtud del cual *“mediante la negociación colectiva se adoptarán las medidas adecuadas para facilitar el acceso de los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal a la formación disponible para los trabajadores de las empresas usuarias*, lo que, obsérvese, traspone adecuadamente sólo el punto segundo de la norma comunitaria.

Ya por último, la reforma procede igualmente a dar nueva una nueva redacción al apartado 3 del artículo 16 en los términos siguientes: *«3. La empresa usuaria responderá subsidiariamente de las obligaciones salariales y de Seguridad Social contraídas con el trabajador durante la vigencia del contrato de puesta a disposición, así como de la indemnización económica derivada de la extinción del contrato de trabajo. Dicha responsabilidad será solidaria en el caso de que el referido contrato se haya realizado incumpliendo lo dispuesto en los artículos 6 y 8 de la presente Ley»*.

La novedad en este punto se centra, por tanto, en extender la responsabilidad subsidiaria -o, sobre todo solidaria en caso de uso ilegal del contrato de puesta a disposición-- de la empresa usuaria a las indemnizaciones derivadas de de la extinción del contrato; una indemnización que, obviamente, debido a su naturaleza extrasalarial --art. 26.3 ET-- escapaban anteriormente a esta res-

ponsabilidad subsidiaria limitada a las deudas salariales y de Seguridad Social. En este punto la reforma parece así acoger o asumir parcialmente la doctrina previa del Tribunal Supremo que sí incluyó estas indemnizaciones en la responsabilidad solidaria de la empresa usuaria derivada de uso ilegal del CPD, al considerar las mismas como cesiones ilegales y aplicarles, ex art. 6.4 Código Civil, la regla más amplia establecida en el art. 43 ET prioritariamente a la más concreta del antiguo art. 16.3 LETT²⁸.

La reforma, por tanto, parece aceptar esta orientación jurisprudencial, acercando en este punto la regulación específica de las ETT a la propia de las cesiones ilegales --art. 43 ET-- frente al modelo anterior que parecía apoyarse más sobre el esquema y la regulación propia de la subcontratación de obras y servicios de la propia actividad --contemplada en el art. 42 ET--. Pero, con todo, obsérvese que esta equiparación no es total y absoluta ya que el art. 43 ET resulta en este punto seguramente más amplio y general, al no abarcar el nuevo art 16 LETT, por ejemplo, al resto de partidas extrasalariales y, en especial, a otras indemnizaciones no ligadas a la extinción del contrato.

En cualquier caso, lo que sí parece evidente es que aunque la norma parezca pensada para las indemnizaciones previstas en los despidos improcedentes --incluyendo los salarios de tramitación-- también debiera abarcar, al menos en teoría, a otras indemnizaciones ligadas a cualquier tipo de extinción del contrato de trabajo; esto es, ya sea esta extinción un despido objeto o colectivo --art. 51 y 52 ET incluyendo despidos por fuerza mayor o sometido a las reglas de la Ley Concursal--; la dimisión indemnizada ex art. 40 o 41 ET; la extinción voluntaria por el trabajador al amparo del art. 50 ET, o, por mencionar un último caso, a la indemnización ligada a los supuestos de muerte, jubilación o incapacidad del empresario ex art. 49.1.g ET. Y finalmente, también consideramos que esta responsabilidad subsidiaria debiera extenderse a la indemnización por finalización del contrato del art. 11.2 LETT.

Ya por último, parece necesario destacar que, en relación con esta misma extinción por finalización de contrato, la reforma ha modificado igualmente la anterior regulación legal, permitiéndose ahora expresamente --art. 11.2 ET en la redacción dada por el art. 17.2 Ley 35/2010-- que dicha indemnización pueda ser prorrateada durante la vigencia del contrato; una posibilidad, por lo demás, que, como en tantas otras ocasiones, ya estaba prevista igualmente en el art. 47.2 del V Convenio Colectivo Estatal de ETT.

²⁸ Un resumen de esta doctrina en la STS (Sala de lo Social, Sección 1ª) de 19 febrero 2009 (RJ 2009\1594) a la que nos remitimos para una más amplia referencia jurisprudencial -- SSTS 28-9- 2006 (RJ 2006, 6529) , y 4-7-2006 (RJ 2006, 6419).

3.3. Prohibiciones y restricciones al uso de las ETT

El segundo gran hilo conductor de esta reforma ha sido, como ya hemos dicho, la reconsideración de las anteriores restricciones al uso de las ETT; una “reconsideración” que responde, como también hemos visto, a la constatación de que, una vez eliminadas las posibles diferencias entre trabajadores en misión y empleados de las empresas usuarias --al menos en lo relativo a las condiciones esenciales de trabajo, y en especial, a la retribución--, no existirían razones para --permitiendo la conservación de los sistemas que someten esta actividad a autorización u otro tipo de control público²⁹-- seguir limitándola. Y ello porque lejos de mirar ya dicha actividad con el tradicional temor del siglo pasado, la misma se aprecia y valora ahora como un instrumento que otorga dinamismo en el mercado de trabajo, que aflora empleo, y que permite un mejor encuentro entre oferta y demanda de trabajo.

Desde esta perspectiva, el art. 4 Directiva 2008/104 exigía ya que, antes del 5 de diciembre de 2011, “*los Estados miembros*” --o los propios negociadores si fuese convencional dicha limitación--, “*tras consultar a los interlocutores sociales, de conformidad con la legislación nacional, los convenios colectivos y las prácticas nacionales, revisarán las restricciones o prohibiciones establecidas al recurso a la cesión temporal de trabajadores a fin de comprobar si siguen estando justificadas*”. Lo peculiar ahora es que estas exclusiones “*deberán estar justificadas exclusivamente por razones de interés general relativas, sobre todo, a la protección de los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal, a las exigencias en materia de salud y seguridad en el trabajo o a la necesidad de garantizar el buen funcionamiento del mercado de trabajo y de evitar posibles abusos*”.

Pues bien, desde esta perspectiva, las tradicionales limitaciones contempladas en el art. 8 a, c y d LETT, así como la posteriormente incluida en el 12.3 de la LETT, parecen encajar sin mayores dificultades entre estas razones de interés general; en especial, en las ligadas a garantizar el buen funcionamiento del mercado y evitar posibles abusos --sustitución de huelguistas, cesión a otras ETT, o amortización previa de puestos de trabajo-- o a la protección de la seguridad y salud de los trabajadores en misión --previa realización de la evaluación en el puesto de trabajo--.

Cuestión distinta era la situación en la que se encontrarían las limitaciones ligadas a actividades y trabajos especialmente peligrosos delimitados por al

²⁹ De hecho, el mismo art. 54 de la Directiva 2008/104 ya establecía que “los apartados 1, 2 y 3 se entenderán sin perjuicio de las exigencias nacionales en materia de registro, concesión de licencias, certificación, garantía financiera o supervisión de las empresas de trabajo temporal”. Véase igualmente su exclusión de la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior.

art. 8.b LETT y el art.8 RD 216/1999, la exclusión en el caso de las Administraciones Públicas establecida en la Disposición adicional quinta de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público y, en tercer lugar, las limitaciones que aún mantenían ciertos convenios colectivos, como rastro, aún, del rechazo sindical y social generado por la situación previa a la reforma del año 1999.

Pues bien, parece evidente que el RDL 10/2010, posteriormente, la Ley 35/2010 centraron su atención especialmente en el primero de los grupos. Y para ello, se alteró sustancialmente la anterior técnica normativa --basada en una mera remisión reglamentaria-- que ahora deja paso a una regulación básicamente legal, pero que deja abierta una importante función a los propios interlocutores sociales a través, eso sí, exclusivamente de acuerdos interprofesionales o convenios colectivos de sector estatal.

En este sentido el art 17.1 Ley 35/2010 da una nueva regulación al párrafo b) del artículo 8 de la LETT que ahora se limita a prohibir la realización de “trabajos u ocupaciones” --obsérvese, no ya los anteriores y más genéricos “actividades y trabajos”-- “especialmente peligrosos para la seguridad y la salud en el trabajo, en los términos previstos en la disposición adicional segunda de esta Ley y, de conformidad con ésta, en los convenios o acuerdos colectivos.”

Y esta nueva DA 2 Ley 14/1994³⁰, lejos de remitirse a otras normas que igualmente delimitaban trabajos que se consideraban peligrosos a otros efectos --por ejemplo, la establecida en la DA 11 y el Anexo I del RD 39/1997 de 17 de enero³¹-- establece ahora tres grupos de trabajos y actividades sometidos a un régimen jurídico diferente.

El primero estaría compuesto por los trabajos --que ya no sectores enteros-- para los que continuará prohibida la actividad de interposición sin fecha, en principio, de caducidad. Dentro de este colectivo es evidente la drástica reducción en número y extensión frente a la anterior regulación reglamentaria, al quedar estos reducidos a los trabajos que impliquen la exposición a radiaciones ionizantes en zonas controladas según el Real Decreto 783/2001, de 6 de julio; los trabajos que impliquen la exposición a agentes cancerígenos, mutagénicos o tóxicos para la reproducción, de primera y segunda categoría, según el Real Decreto 363/1995, de 10 de marzo, y el Real Decreto 255/2003, de 28 de febrero, así como sus respectivas normas de desarrollo y de adaptación al progreso técnico; y, finalmente, los trabajos que impliquen la exposición a agentes biológicos de los grupos 3 y 4, según el Real Decreto 664/1997, de 12 de mayo, así como sus normas de modificación, desarrollo y adaptación al progreso técnico.

³⁰ Incorporada por el art. 17.6 Ley 35/2010.

³¹ BOE de 31 de enero de 1997, n. 27.

El segundo grupo estaría compuesto por el resto de sectores tradicionalmente prohibidos ex art. 8 RD 216/1999, y que ahora, en cambio, no se encuentran en el más reducido listado de la DA 2.1 LETT; esto es, la construcción, la minería a cielo abierto y de interior, las industrias extractivas por sondeos en superficie terrestre, los trabajos en plataformas marinas, la fabricación, manipulación y utilización de explosivos, incluidos los artículos pirotécnicos y otros objetos o instrumentos que contengan explosivos y los trabajos con riesgos eléctricos en alta tensión. Para este segundo grupo de actividades la norma prevé, de una forma, eso sí, algo confusa:

- ☐ En primer lugar, y por lo que parece, el mantenimiento de la prohibición hasta el 1 de abril de 2011 —ampliando así el plazo inicialmente dado por el RDL 10/2010 que lo limitaba hasta el 1 de enero de 2010—. Aunque la delimitación en este caso de los sectores en la nueva DA 2.2 LETT es más amplia que la establecida en el RD 216/1999 —con lo que podría plantearse, por ejemplo, si lo que se prohíbe implícitamente es cualquier contrato de puesta a disposición en el sector de la construcción y no sólo los hasta ahora prohibidos y contemplados en el anexo II del Real Decreto 1627/1997, de 24 de octubre —, parece mucho más razonable que, aunque con una técnica deficiente, lo que se ha hecho es prorrogar hasta el 1 de abril las prohibiciones hasta ahora vigentes.
- ☐ Y ello porque en esa fecha, dichos sectores se abrirán completamente a la actuación de las ETT, quedando sólo vigentes —y, por lo que parece, mientras dure la vigencia de los mismos aplicando las reglas generales establecidas en el art. 86 y 82.4 ET— aquellas limitaciones a las que, no obstante, la DA 2.2 LETT impone una serie de requisitos muy estrictos.
 - ☐ En primer lugar, el origen de los mismos está ciertamente limitado a los “*acuerdos interprofesionales o convenios colectivos a que se refiere el artículo 83 ET o la negociación colectiva sectorial de ámbito estatal*”. De ello se deduce la imposibilidad de fijar este tipo de prohibiciones no sólo mediante negociación colectiva extraestatutaria, pactos o acuerdos de empresa, o convenios de sector de ámbito territorial distinto al estatal —que deberán considerarse por tanto nulos de pleno derecho en dicho punto—, sino también por la norma reglamentaria como resultado de esta, al menos aparente, reserva impropia de Ley.
 - ☐ En segundo lugar, y de forma acumulativa, dichas limitaciones deberán, en primer lugar, “*referirse a ocupaciones o puestos de trabajo concretos o a tareas determinadas*”, sin que quepan,

por tanto, exclusiones globales relativas a sectores enteros de actividad. En segundo lugar, deberán además “justificarse por razón de los riesgos para la seguridad y salud en el trabajo asociados a los puestos o trabajos afectados”. A estos efectos serán sin duda extraordinariamente útiles los datos periódicos que, de acuerdo a la Disposición adicional decimotercera de la Ley 35/2010, deberá incorporar en sus informes periódicos el Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo y que deben permitir conocer la evolución de la siniestralidad laboral en los trabajos u ocupaciones de especial peligrosidad para la seguridad y la salud en el trabajo realizados por trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal. Finalmente, y en tercer lugar, “deberán fundamentarse en un informe razonado que se acompañará a la documentación exigible para el registro, depósito y publicación del convenio o acuerdo colectivo por la autoridad laboral.”³²

- □ Ahora bien, y para cerrar esta compleja regulación de las actividades antes prohibidas y ahora legalizadas, debe igualmente destacarse que la nueva DA 2.3 LETT exige, para la lícita celebración de contratos de puesta a disposición en el ámbito de actuación antes señalado –y obviamente para aquellas ocupaciones no prohibidas por acuerdos interprofesionales o convenios de sector estatal-- dos requisitos acumulativos y ciertamente llamativos:
 - □ El primero, que “la empresa de trabajo temporal deberá organizar de forma total o parcial sus actividades preventivas con recursos propios debidamente auditados conforme a la normativa de prevención de riesgos laborales y tener constituido un comité de seguridad y salud en el trabajo del que formen parte un número no inferior a cuatro delegados de prevención”. Más allá de la clara apuesta que últimamente asume nuestro ordenamiento por la gestión preventiva con recursos propios³³, lo que sí queda claro

³² Adicional, por tanto, a la establecida en el Real Decreto 713/2010, de 28 de mayo, sobre registro y depósito de convenios y acuerdos colectivos de trabajo, debiendo seguir el mismo régimen jurídico que en él se establece y que entrará en vigor el 1 de octubre de 2010 según su DF 4.

³³ Véase, por ejemplo, el art. 2 del Real Decreto 404/2010, de 31 de marzo, por el que se regula el establecimiento de un sistema de reducción de las cotizaciones por contingencias profesionales a las empresas que hayan contribuido especialmente a la disminución y prevención de la siniestralidad laboral –desarrollada por Orden TIN/1448/2010, de 2 de junio--o el Real Decreto 337/2010, de 19 de marzo, por el que se modifican el Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención.

es que nuestro legislador apuesta por una gestión de estos sectores limitada a las ETT de mayor dimensión, ya que de acuerdo 35 Ley 31/1995, sólo las empresas con entre 501 a 1.000 trabajadores tendrían obligación de disponer de cuatro delegados de prevención³⁴.

- Y en segundo lugar, se exige igualmente que el trabajador deberá poseer las aptitudes, competencias, cualificaciones y formación específica requeridas para el desempeño del puesto de trabajo, debiendo acreditarse las mismas documentalmente por la empresa de trabajo temporal. Evidentemente, estas exigencias son ciertamente similares a las ya establecidas de forma general en el RD 216/1999 y el art. 12 LETT. Pero en este caso, parecen referirse de forma genérica a las exigencias, no ya sólo en materia preventiva, deducidas del concreto puesto de trabajo que se haya de desempeñar. Lo que en cambio resulta evidente es la necesidad de un flujo de información, ahora referido a estos aspectos añadidos, que podría y debería articularse de manera similar a lo que acontece hasta el momento en el RD 216/1999.

Finalmente, y para el resto de actividades, sectores y trabajos, regiría, en definitiva la más absoluta libertad, sólo sometidas a las reglas generales y a las limitaciones que pudieran derivarse de las limitaciones aún vigentes y que le fueran aplicables. Todo lo más la DA 4 se limitaría a señalar que a partir del 1 de abril *“las limitaciones o prohibiciones que puedan ser establecidas sólo serán válidas cuando se justifiquen por razones de interés general relativas a la protección de los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal, a la necesidad de garantizar el buen funcionamiento del mercado de trabajo y a evitar posibles abusos”*.

Por otra parte, y en relación con las otras dos excepciones a las que hicimos referencia al principio de este apartado, el texto del RDL 10/2010 ©era ciertamente bastante oscuro, sobre todo en relación con la DA 5 Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público. Y ello porque en este punto el RDL se limitaba a incorporar una nueva DA 4 LETT --*Validez de limitaciones o prohibiciones de recurrir a empresas de trabajo temporal*--, de acuerdo con la cual *“A partir del 1 de enero de 2011, se suprimen todas las limitaciones o prohibiciones actualmente vigentes para la celebración de contratos de puesta a disposición por las empresas de trabajo temporal, con la única excepción de lo establecido en la disposición adicional segunda de esta ley...”*.

Se trataba, como se ha dicho, de una norma quizás deseadamente oscura, y que planteó, ya desde un principio, importantes dudas, dando lugar a

³⁴ No alterado por el Capítulo XII, Prevención de riesgos laborales, art. 50 del V Convenio Colectivo Estatal de Empresas de Trabajo Temporal.

interpretaciones radicalmente diferentes de sus efectos. De ahí, seguramente, que en su tramitación parlamentaria el texto de la misma sufriera importantes modificaciones; unas modificaciones que, más allá del retraso en su entrada en vigor —que pasa ahora al 1 de abril—, aclaraba expresamente, en primer lugar, la eliminación de la limitación establecida en la tantas veces citada DA 5 de la 30/2007 —que quedaba derogada expresamente en la Disposición Derogatoria Única Ley 35/2010³⁵—; en segundo lugar, que, “*no obstante, las empresas de trabajo temporal no podrían realizar con las Administraciones Públicas contratos de puesta a disposición de trabajadores para la realización de tareas que, por una norma con rango de Ley, estén reservadas a los funcionarios públicos*”; y, en tercer lugar que antes del 1 de abril de 2011, previa negociación en la Mesa General de Negociación de las Administraciones Públicas, “*el Gobierno establecerá los criterios funcionales de aplicación de lo dispuesto en dicho párrafo en el ámbito de dichas Administraciones*”.

En cualquier caso, lo que sí nos gustaría destacar, ya para terminar, son dos cuestiones. La primera es que, a pesar de las diversas referencias presentes en los documentos iniciales del Gobierno, o incluso en la DA 1 Ley 27/2009, la reforma de 2010 ha prestado una escasa atención al análisis de la actuación de las empresas de servicios cuya actividad real —parafraseando la mencionada DA— consista en la contratación de trabajadores para cederlos a terceras empresas. De hecho, sólo Disposición adicional decimosexta “Inspección de Trabajo y Seguridad Social” de la Ley 35/2010 ha abordado tangencialmente el tema al señalar, en su segundo punto, que “*la Inspección de Trabajo y Seguridad Social incluirá en su Plan Integrado de Actuación con carácter de objetivos de alcance general*”, entre otros el “*control de la actuación de las empresas que realizan actividad de cesión de trabajadores sin contar con autorización administrativa*”.

Y en segundo lugar que, aún de forma indirecta, no debe olvidarse el posible impacto que sobre el uso de las ETT puede tener el progresivo incremento de las indemnizaciones por finalización de contratos temporales directos prevista en el art. 1. Cinco y Siete de la Ley 35/2010. Y ello porque, como se recordará, en estos dos preceptos se da una nueva redacción del art. 49.1.c ET y se añade una nueva DT 13 ET en virtud de la cual y que para los contratos celebrados a partir del 1 de enero de 2015 la indemnización por finalización de los principales contratos temporales se amplía de ocho a doce días por año de servicio, equiparándola, por tanto, a la tradicionalmente más alta —y ahora idéntica— establecida tradicionalmente para las ETT en el art. 11.2 LETT.

³⁵ Obsérvese que la Derogación de la DA 5 Ley 30/2007 entró en vigor el 19 de septiembre de 2010 en virtud de la DF 4 Ley 35/2010. Sin embargo, parece más razonable interpretar que, a pesar de esta derogación cabe interpretar que ex DA 4 de la Ley 14/1994 en la redacción dada por el art. 17.7 Ley 35/2010, esta prohibición debe interpretarse como vigente hasta el 1 de abril de 2010.

